Parte general

Técnico de la Administración de la Seguridad Social

Tema 52: La empresa mercantil. Naturaleza jurídica. Elementos que la forman. La reforma de la empresa. El comerciante individual. Capacidad mercantil. Ejercicio del comercio por personas casadas. Las obligaciones profesionales del empresario.

Colección Temarios, 2020

© Reservados todos los derechos de esta edición para SKR Preparadores S.L., 2020

Calle Covarrubias, 9, bajo izquierdo, 28010, Madrid

https://skr.es/

Queda rigurosamente prohibida cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación total o parcial de esta obra sin el permiso escrito de los titulares de los derechos de explotación.

1. LA EMPRESA MERCANTIL. NATURALEZA JURÍDICA. ELEMENTOS QUE LA FORMAN. LA REFORMA DE LA EMPRESA

Aunque el Código de Comercio no la defina, la empresa se encuentra mencionada en varios preceptos legales, incluso en el artículo 38 de la Constitución se perfila como realidad evidente y objeto frecuente de negocios jurídicos. Para el ordenamiento positivo, debe ser válido el concepto económico de empresa que debe también ser adoptado como concepto jurídico, y según el cual es "aquella organización de capital y de trabajo destinada a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado, planificada con arreglo a un criterio de economicidad".

La empresa, es pues un conjunto de **elementos** de variada condición y naturaleza debidamente organizados, que posee como finalidad la explotación de una determinada actividad económica. La empresa es normalmente fruto de la actividad creadora y organizativa del empresario e instrumento por medio del cual este realiza una determinada actividad de relación económica con el mercado. Los elementos personales (trabajo), materiales e inmateriales que la integran, están estrechamente unidos por la organización y por la finalidad económica. Estos elementos son de muy variada naturaleza. De la empresa forman parte, las relaciones laborales (cuyo régimen no corresponde al Derecho mercantil) que vinculan al empresario con los trabajadores y empleados, bienes materiales muebles o inmuebles (cuyo régimen corresponde al Derecho civil), ciertos derechos de propiedad industrial como las patentes, modelos de utilidad o marcas (protegidos por el Derecho mercantil) y por último, ciertas relaciones jurídicas de origen y naturaleza contractual que permiten al empresario disponer de los elementos esenciales de la empresa (arrendamiento de locales o licencias de explotación). Todo este conjunto de bienes de diversa naturaleza, es lo que puede denominarse aspecto objetivo de la empresa. Sin embargo, la empresa no es un conjunto inerte de estos elementos, es fundamentalmente una organización productiva. Esta organización o fondo de comercio, es la que explica que, de la relación de la empresa en funcionamiento con el mercado, surjan dos concretas situaciones de hecho: la clientela (conjunto de personas que en forma estable demandan los servicios o productos de la empresa) y las expectativas de ganancias o de beneficios (no sólo dependen de la organización del empresario, calidad de los productos, sino muy a menudo de variables externas como las tendencias del mercado).

Cuando se analiza la **naturaleza jurídica de la empresa,** se pretende dar respuesta a la difícil cuestión de si esta es una realidad distinta de la

diversidad de sus elementos o si es un conglomerado organizado de ellos. Ante esto la doctrina ha elaborado diversas respuestas o teorías:

a) Teoría atomista→ la empresa se concibe como una simple pluralidad de elementos privados individuales.

b) Tesis unitaria→ la empresa es una unidad integral por el fin económico que persigue.

c) Concepción espiritualista o inmaterial→la empresa es el bien inmaterial o intangible resultante de la actividad empresarial, que pertenece al empresario.

d) Posición intermedia→ la empresa es una unidad funcional, a la que las partes e incluso el ordenamiento positivo en ocasiones consideran como si fuera una verdadera unidad, especialmente cuando sobre ella se estipulan negocios jurídicos. Esta última es la solución que mejor se ajusta a nuestro Derecho positivo debido a tres razones:

1) La empresa en sí misma no es susceptible de soportar derechos reales diferentes de los que puedan constituirse sobre cada uno de los elementos que la integran.

2) Nada se opone en el Derecho español a que las partes de un contrato que tenga por objeto la transmisión de la empresa, la consideren unitariamente (un único negocio bastará para transmitir todos sus elementos).

3) Al cumplirse la anterior obligación de entrega, la empresa no se transmitirá como un todo sino que se transmitirán individualmente cada uno de sus elementos respetándose la ley de circulación privativa de cada uno de ellos.

2. EL COMERCIANTE INDIVIDUAL

El comerciante individual es la persona que ejercita con habitualidad y en nombre propio una actividad económica dirigida a la producción o intermediación de bienes o servicios para el mercado, bien directamente, o bien a través de representantes o apoderados, pero asumiendo personalmente los derechos y obligaciones que se producen en la negociación mercantil.

Los primeros artículos del Código de Comercio (CCOM) se dedican a los comerciantes.

Art. 1 CCOM:

Son comerciantes para los efectos de este Código:

1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

Art. 4 CCOM:

Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes.

Art. 5 CCOM:

Los menores de dieciocho años podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieran ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad para comerciar, o tuvieran alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio.

Por tanto, se distinguen dos requisitos para ser comerciante: capacidad y habitualidad. Sin embargo, esta definición olvida el requisito de obrar en nombre propio, así como que también son comerciantes quienes no poseyendo la capacidad legal ejercen el comercio por medio de representantes (aunque bajo un régimen distinto). Según Garrigues, debe diferenciarse entre 1) la capacidad para ser comerciante y 2) la capacidad para actuar como comerciante. Para la primera es necesario poseer la capacidad jurídica general conforme al CC, siendo mayor de edad y no estando incapacitado, aunque representantes pueden actuar en su nombre. En consecuencia, para poder comerciar es necesario haber alcanzado la mayoría de edad y no encontrarse en estado de incapacitación a tenor de lo expuesto en el art. 4 CCOM.

3. CAPACIDAD MERCANTIL

Partiendo de la base de que el artículo 38 de la Constitución de 1.978 reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, siguiendo a Garrigues, debe distinguirse entre la capacidad para ser comerciante y la capacidad para actuar como comerciante. La primera se identifica con la capacidad jurídica en general, es decir, con la personalidad jurídica o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y así, pueden

ser comerciantes los menores de edad y los mayores de edad incapacitados judicialmente. La segunda, que tiene su correlación en la capacidad de obrar plena, requiere la mayoría de edad y la ausencia de incapacitación judicial, de manera que se pueda disponer libremente de los bienes. En este sentido, el artículo 4 del Código de Comercio establece que tendrán capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes, mientras que el artículo 5 señala que los menores y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes.

En cuanto al empresario de nacionalidad extranjera, el artículo 15 del Código de Comercio dispone que los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, remitiéndose a la normativa nacional, sin perjuicio de lo acordado en tratados internacionales, en cuanto a la creación de establecimientos dentro del territorio español y a sus operaciones mercantiles. No obstante, debe tenerse presente que en el ámbito comunitario europeo rige el principio de la libre circulación de personas, servicios y capitales, quedando prohibidas por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un estado miembro en el territorio de otro estado miembro, comprendido la misma el acceso a actividades no asalariadas, su ejercicio y la constitución y gestión de empresas, sociedades inclusive.

Distintas de las incapacidades son aquellos supuestos en que determinadas personas poseen capacidad para el comercio pero que, por razón de la situación o relación en que se encuentran inmersos, o por la función que desempeñan o condición que ostentan se ven afectados por diversas limitaciones para el ejercicio de la actividad empresarial, bien con carácter absoluto, bien con carácter relativo.

Broseta clasifica estos supuestos como de prohibición, incompatibilidad e inhabilitación:

- a) La prohibición de ejercer profesionalmente una determinada actividad económica en atención a la ilícita competencia que ello produciría a otros empresarios mercantiles, como es el caso del socio colectivo o del administrador de una sociedad de responsabilidad limitada.
- b) La incompatibilidad para dedicarse al comercio por razón del cargo, la función o la condición de determinadas personas, como acontece con los altos cargos de la Administración pública Estatal o Autonómica o los miembros de la Carrera Fiscal y de la Carrera Judicial.
- c) La inhabilitación se debe a causas diversas a las de las prohibiciones e incompatibilidades, limitando la posibilidad de dedicarse a actividades empresariales mientras no se produzca la rehabilitación, teniendo un

marcado matiz sancionatorio. Es el caso del empresario declarado en concurso cuando éste sea calificado como culpable, al ser pronunciamiento preciso de la sentencia que califique el concurso como culpable la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años (art. 455 Ley Concursal), disponiendo el artículo 13 del Código de Comercio que no podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

4. EJERCICIO DEL COMERCIO POR PERSONAS CASADAS

La ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la normativa europea ha modificado la responsabilidad de los bienes gananciales en los supuestos de ejercicio del comercio por persona casada.

Se regulaba en los arts. 6 a 12 CCOM, que han sido derogados, y se ha suprimido la remisión que el antiguo artículo 1365.2 del CC. hacía a estos artículos, cuando se trataba de determinar la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de profesión, arte u oficios. De esta suerte, tras la reforma, los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de su profesión, arte y oficio, con independencia de que los cónyuges sean o no comerciantes.

El informe del Consejo General del Poder Judicial señala que la supresión del último inciso del artículo 1365 del Código Civil es coherente con la derogación de los artículos 6 a 12 del Código de Comercio y advierte que la modificación del artículo 1365 del Código Civil y la derogación de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio supone una ampliación de la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas en el ejercicio de profesión arte u oficio y que se este modo se dota mayor amplitud al art. 491 Ley Concursal.

En este contexto podemos mencionar el art. 193 Ley Concursal, sobre Bienes conyugales:

1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.

2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado.

Por tanto, la nueva reforma amplia la responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de profesión, arte y oficio, lo que resulta claro al comparar antiguo régimen del Código Civil con el del Código de Comercio.

Para entenderlo, hay que partir que el antiguo artículo 6 del Código de Comercio solo sujetaba los bienes propios del cónyuge que ejercía el comercio y los adquiridos con esas resultas.

Para que los demás bienes comunes del cónyuge comerciante quedaran obligados, el citado artículo exigía el consentimiento de ambos cónyuges. No obstante, este consentimiento podía ser tácito en aquellos supuestos en que uno de los cónyuges ejerciera el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del otro cónyuge o cuando, al contraer matrimonio, uno de los cónyuges se hallare ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 del Código de Comercio, ahora derogados.

A diferencia de lo anterior, el Código Civil hacía responsable a todos los bienes gananciales por las deudas contraídas por uno de los cónyuges en el ejercicio de la profesión, arte y oficio. De esta manera, la responsabilidad alcanzaba a todos los bienes comunes, no solo a los adquiridos por el comercio, y no se requería el consentimiento de ambos cónyuges.

Tras la reforma, todos los bienes comunes del comerciante quedan obligados por las obligaciones contraídas por este, al igual que ocurre en el Código Civil y la única forma de eliminar esa responsabilidad es el establecimiento de un régimen de separación de bienes entre los cónyuges.

En cualquier caso, desde el punto de vista práctico, el alcance de la reforma no es tan significativo, porque de hecho los bienes comunes casi siempre respondían de las obligaciones contraías por el cónyuge comerciante. Esto era así, porque en la práctica casi siempre se daban las presunciones de los artículos 6 y 7 del Código de Comercio, porque era sumamente extraño que uno de los cónyuges se opusiera al ejercicio del comercio del otro por un acto expreso formalizado en escritura pública e inscrito en el Registro Mercantil, tal como exigía el antiguo artículo 11 del Código de Comercio.

5. LAS OBLIGACIONES PROFESIONALES DEL EMPRESARIO

Pueden destacarse las siguientes:

a) *Contabilidad*

Como establece el artículo 25 del Código de Comercio, todo empresario deberá llevar una contabilidad ordenada, adecuada a la actividad de su empresa que permita un seguimiento cronológico de todas sus operaciones, así como la elaboración periódica de balances e inventarios. Llevará necesariamente, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes y disposiciones especiales, un libro de Inventarios y Cuentas Anuales y otro Diario.

Se pretende con esta exigencia tutelar los intereses del propio empresario y, esencialmente, de los terceros que se relacionan con el mismo en el desarrollo de la actividad económica a que se dedica, en pro de la existencia de una adecuada organización empresarial y en aras de poder determinar su situación económica financiera y real, de evidente trascendencia a la hora de establecer las correspondientes relaciones contractuales, contenido concreto de las mismas o garantías a exigir, sin perjuicio, además, de su trascendencia a efectos fiscales.

Así, en el libro de Inventarios y Cuentas Anuales, que se abre con el balance inicial de la empresa, deben transcribirse, al menos trimestralmente, con sumas y saldos los balances de comprobación, transcribiéndose anualmente el inventario de cierre del ejercicio y el balance. En el libro Diario, como su propio nombre ya viene a indicar, se registrarán día a día todas las operaciones relativas a la actividad de la empresa.

Además de estos libros, las sociedades mercantiles deben llevar también un libro de actas en el que consten todos los acuerdos adoptados en las juntas generales y órganos colegiados de las mismas

La contabilidad debe ser llevada directamente por los empresarios o por las personas debidamente autorizadas por los mismos, sin perjuicio de su responsabilidad. En cuanto a la forma de llevanza, se exige la claridad, orden de fechas, ausencia de espacios en blanco e inexistencia también de interpelaciones, tachaduras y raspaduras.

Junto a dichas exigencias relativas al contenido de los libros es preciso, desde un punto de vista formal, que se presenten en el Registro Mercantil para su legalización en los términos del artículo 25 del Código de Comercio, norma que al igual que las precedentes se impone en orden a evitar posibles falsedades en su contenido de manera que puedan ofrecer, como antes se indicó, una imagen real de la situación económica de la empresa.

b) *Publicidad*

Siguiendo a Uria debe señalarse que la extraordinaria importancia de la actividad empresarial exige rodearla de una cumplida publicidad para que pueda conocerse por todos en cualquier momento con rapidez y certidumbre los más importantes datos relativos a los sujetos de esa actividad, a sus cambios y mutaciones y a ciertos aspectos del tráfico que realizan, y para que los propios empresarios puedan ampararse en los efectos jurídicos de la publicidad frente a terceros que pretendieren ignorar las consecuencias de los actos publicados.

Dicha publicidad se realiza a través de distintos medios en función de la naturaleza del acto a publicar, siendo la más relevante la que proporciona el Registro Mercantil. Se trata de un registro público y la publicidad se hace efectiva a través de las certificaciones del contenido de sus asientos o simples notas informativas de los asientos y de los documentos depositados en el asiento, siendo frecuente en la actualidad el recurso a la publicidad telemática mediante el acceso a los archivos informáticos del Registro. En el Registro Mercantil es obligatoria la inscripción de las sociedades mercantiles y la del naviero empresario individual, siendo potestativa para el resto de empresarios individuales, si bien, caso optar por no constar en el Registro, no podrán pedir la inscripción de ningún documento en el mismo ni aprovecharse de sus efectos legales (artículo 19 del Código de Comercio).

El contenido de sus asientos se presume exacto y válido, produciendo sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad, que no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho.

Finalmente señalar que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos y que los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

c) *Obligación de ser leales en la competencia mercantil*

Broseta resalta esta obligación profesional señalando que el empresario no debe recurrir al explotar su actividad económica a conductas o medios desleales que, violando las normas de corrección que deben gobernar su conducta profesional, perjudiquen o puedan perjudicar a sus competidores. A evitar las prácticas concurrenciales incorrectas que pueden ocasionar un grave deterioro del tráfico mercantil se dirige la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, concibiendo el Derecho de la Competencia Desleal como un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, siendo la competencia el objeto directo e inmediato de protección.

El mismo autor recoge también como obligación profesional del empresario mercantil la de no realizar prácticas restrictivas de la competencia o de abusar de posición dominante, susceptibles de dañar a consumidores y competidores, lo que impone la remisión a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo objeto primordial es garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo tipo de ataque contrario al interés público.